



Würzburger Vorträge
zur Rechtsphilosophie,
Rechtstheorie
und Rechtssoziologie

18

Klaus Adomeit

**Das bürgerliche Recht,
das Bürgerliche
Gesetzbuch und die
bürgerliche Gesellschaft**



Nomos Verlag

Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie,
Rechtstheorie und Rechtssoziologie

Herausgegeben von Hasso Hofmann,
Edgar Michael Wenz und Dietmar Willoweit

Mitbegründet von Ulrich Weber

Heft 18

Prof. Dr. Klaus Adomeit

Das bürgerliche Recht, das Bürgerliche Gesetzbuch und die bürgerliche Gesellschaft



Nomos Verlagsgesellschaft
Baden-Baden

Vortrag gehalten am 13. Juli 1995

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Adomeit, Klaus:

Das bürgerliche Recht, das Bürgerliche Gesetzbuch und die bürgerliche Gesellschaft / Klaus Adomeit. – 1. Aufl. – Baden-Baden : Nomos Verl.-Ges., 1996

(Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie; H. 18)

ISBN 3-7890-4385-0

NE: GT



1. Auflage 1996

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1996. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

-2317608-

Editorial

Gerade angesichts unserer reich blühenden Dogmatik des positiven Rechts und im Hinblick auf eine gewisse Tendenz, Rechtspraxis auf Rechtstechnik zu reduzieren, ist es wichtig, ja notwendig, über den kleinen Kreis derjenigen hinaus, die sich mit Rechtsphilosophie, Normentheorie oder Rechtssoziologie besonders befassen, Anstöße für die Beschäftigung mit den Grund- und Grenzfragen des Rechts zu geben. Wenigstens ab und an sollte auch der vorwiegend dogmatisch arbeitende Jurist – Student wie Praktiker – jene heilsame Unruhe verspüren, die aus der Begegnung mit den Frag-Würdigkeiten der Grundlagen und Methoden unseres Faches entspringt. Eine lockere Folge von Einzelvorträgen scheint uns hierfür aus mehreren Gründen das geeignete Mittel. So kann auf diese Weise am ehesten ein lebendiger Eindruck von Reichtum, Vielfalt und Spannweite der nichtdogmatischen Beschäftigung mit dem Recht entstehen. Reichen die Grund- und Grenzprobleme unseres Faches doch von der alten und unabweisbar immer neu sich stellenden Frage der Gerechtigkeit, der Frage des Rechts als Ausdruck menschlichen Selbstverständnisses über die moderne Normanalytik bis zur Bedeutung der sozialen Verhältnisse für Entstehung, Anwendung und Wirksamkeit der Gesetze wie für die Bildung von Rechtsbewußtsein.

Durch die Veröffentlichung dieser an der Universität Würzburg gehaltenen Vorträge möchten die Herausgeber darüber hinaus Texte zur Verfügung stellen, die über bestimmte Aspekte überschaubare Zugänge zur Theorie eröffnen, aber auch als Arbeitsmittel in Seminaren und Übungen dienen können.

Würzburg, im Juli 1984

Hasso Hofmann

Ulrich Weber

Edgar Michael Wenz

Gliederung

I.	Der Begriff »bürgerlich«	7
II.	Ein bürgerlicher Lebenslauf, geschildert in §§ des BGB	9
	1. Rechtsfähigkeit, Geschäftsfähigkeit, Entmün- digung	9
	2. Vertragsfreiheit	9
	3. Besitz und Eigentum	11
	4. Verlöbnis	12
	5. Die bürgerliche Ehe	13
	6. Grablegung	16
III.	». . . und die besitzlosen Volksklassen«	16
	1. Die Kritik Mengers	16
	2. Bürgerliche Gesellschaft heute	19
IV.	Bürgerliches Recht heute	22
	1. Vertragsfreiheit	22
	2. Wohnungsmiete	23
	3. Arbeitsrecht	24
	4. Reisevertrag	27
	5. Eherecht, Scheidungsrecht	28
	6. Ehewirkungen, Scheidungsfolgen	31
V.	Das bürgerliche Recht und seine Gegner	34
	1. Rückblick auf den Sozialismus	34
	2. Spirituelles, Kriminelles, Moralisches	35
	3. »Bröckelnde Fundamente« -: die Familie	38
VI.	Schlußwort	40

Das bürgerliche Recht, das Bürgerliche Gesetzbuch und die bürgerliche Gesellschaft

I. Der Begriff »bürgerlich«

Das bürgerliche Recht soll geschrieben sein für den Bürger im Sinne von »citoyen«, nicht von »bourgeois«, so erklärt man es gern den Studenten. Aber die deutsche Sprache kennt diese Unterscheidung nicht, die römische Sprache (»civis«) auch nicht. Vielleicht liegt darin sogar einige Weisheit. Für den *Staatsbürger* ist typischerweise das Öffentliche Recht zuständig. Fragt man nach den Zwecken des BGB, sieht man sich dessen Gestaltungsformen genauer an, so ist es – besser es *war*, denn ich spreche zunächst vom Ur-BGB des 18. 8. 1896, verordnet im Namen des Reichs mit dem Vorspruch »Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen etc., nach erfolgter Zustimmung des Bundesraths und des Reichstags« –, so war dieses Gesetz dem Bürger im Sinne des bourgeois wie auf den Leib geschrieben. In seiner Europäischen Rechtsgeschichte hat *Hattenhauer*¹ eine »Theorie des Bürgerlichen Rechts« entwickelt, mit folgendem Einstieg:

»Der Bürger wollte nicht länger Untertan sein, wollte sich ohne obrigkeitliche Bevormundung seiner Freiheit erfreuen.« (S. 537)²

- 1 Heidelberg 1992; vgl. auch *Utz Haltern*, Bürgerliche Gesellschaft – Sozialtheoretische und sozialhistorische Aspekte, Wiss. Buchgesellschaft (Erträge der Forschung Bd. 227), Darmstadt 1985; *Lothar Gall*, Bürgertum in Deutschland, Berlin 1989.
- 2 Sehr ähnlich dazu *Ernst Bloch*, Das Prinzip Hoffnung, Suhrkamp 1967 S. 603; vgl. auch *Franz Borkenau*, Der Übergang vom feudalen zum bürgerlichen Weltbild, Paris 1934, Darmstadt 1980.

Solche Lust an der Eigenregie, der Selbständigkeit und Unabhängigkeit fördert das BGB Norm für Norm. Die Ziele des BGB-Bürgers, die dieses Gesetzbuch ihm unterstellt, sind: sich in Geschäften zu tummeln, ein Vermögen zu erwerben, eine Familie, wenn nicht gleich eine Sippe zu begründen, so daß am Ende möglichst viel an möglichst viele zu vererben ist –, nur so erklärt sich das §§-reiche V. Buch Erbrecht, das, von heute her gesehen, der schmal gewordenen Normalfamilie gar nicht mitteilen will, was zu erwarten steht (vgl. z. B. die krasse Fehlinformation über das Erbrecht der Witwe/des Witwers in § 1931 im Hinblick auf den versteckten § 1371!).

Die Sicht des Gesetzgebers auf den Bürger, in dessen Interesse er handeln will, ist realistisch, fast schon materialistisch. Erhabene Zwecke, metaphysische Bedürfnisse fallen aus dem Rahmen, schon religiöse Neigungen ernsterer Art. Bismarck hatte den Kulturkampf gewonnen. Die »Schenkung« wird keineswegs als Akt von Caritas gefördert, sondern mit Mißtrauen gesehen, ist kein Rechtsgeschäft mit Bestandsschutz. Eigennutz wird mit Behagen als bürgerliche Tugend anerkannt, – »man ist was, man hat was!« – im Sinne des *Adam Smith*, und der darauf fußende Kapitalismus hat mit dem Geist der protestantischen Ethik, wie der zu Unrecht als Nur-Soziologe gewertete *Max Weber* allzu idealistisch gedacht hatte, wenig mehr zu tun. Zur Anthropologie des Bürgers gehört denn auch seine Nervenstärke, in der Gesellschaft entstehende Ungleichheiten ungehört, wenn nicht schon billigend hinzunehmen: mancher schafft es eben nicht! Dies ist die oft attackierte »bürgerliche Kälte«, das politisch riskante Nicht-Ernst-Nehmen-Wollen sozialer Fragen, was immer noch den Prozeß unserer deutschen Wiedervereinigung überschattet. Bürger ist hier gleich »Wessie«, »Ossie« ist gleich – was eigentlich? Des Bürgers verarmter Bruder?

II. *Ein bürgerlicher Lebenslauf, geschildert in §§ des BGB*

1. *Rechtsfähigkeit, Geschäftsfähigkeit, Entmündigung*

Das BGB ist zwar ein Normenwerk, also präskriptiv, aber es enthält unvermerkt auch eine Beschreibung, nämlich die Biographie des typischen Bürgers, der wir nun folgen.

Schon seine Geburt (§ 1) steht unter dem Aspekt, daß dieses vorerst kleine Wesen, gerade eben dem Mutterleibe entwachsen, im selben Moment Träger von Rechten wird. Die erlangte Rechtsfähigkeit und die versprochene Geschäftsfähigkeit wird juristischer Sinn seines Erdenwallens. Früh (§ 6) wird er auch schon ermahnt, sich die Teilhabe am bürgerlichen Spiel nicht zu verscherzen: wer »in Folge von Trunksucht«, »durch Verschwendung«, »in Folge von geistigen Gebrechen« seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag oder »sich oder seine Familie der Gefahr des Notstandes aussetzt«, wird entmündigt. In dieser Entmündigungsvorschrift ist, ex negativo, der Bürger definiert: das ist gerade jemand, *der* seine Angelegenheiten zu besorgen vermag. Zu erinnern ist an *Schelsky*, für den das bürgerliche Denken auf den selbständigen Menschen abzielt, das sozialistische Denken auf den betreuten Menschen.³ Der betreute Mensch war 1896 noch in weiter Ferne, etwa unsere Sozialhilfe. Damals trat bei Verschwendung oder Trunksucht pure Not ein.

2. *Vertragsfreiheit*

Durch die Volljährigkeit, damals mit 21 Jahren, entstand der in seiner Geschäftsfähigkeit nunmehr unbeschränkte Vollbürger. Das Besondere Schuldrecht verlockte ihn mit einem bunten

3 *Helmut Schelsky*, Die Arbeit tun die anderen, 2. Aufl. 1975.

Fächer verschiedenartiger Vertragsverhältnisse: er konnte kaufen und verkaufen, mieten und vermieten, Darlehen nehmen und geben u. v. a. m. – Spiel und Wette waren zu riskant, schon unbürgerlich und spielten ernsthaft nicht mit (§§ 762-64). Beim Dienstvertrag war die Stellung des Berechtigten ohne Frage bürgerlich, ob auch die des »zur Dienstleistung Verpflichteten«, zweifelhaft. Davon wird noch die Rede sein.

Prinzipiell beruht all' dieses Sich-bewegen-und-Selbstverwirklichen-Dürfen auf der zuvor errungenen Gewerbefreiheit. Der Staat mit seinen Behörden hatte den Bürgern nicht hineinzureden. Es herrschte Vertragsfreiheit im Sinne der Liberalen *John Stuart Mill* oder *Friedrich List*. Aufgabe des Richters war es, diese Vertragsfreiheit zu bestätigen und die Einhaltung der Vertragspflichten zu sanktionieren, mitnichten eine Kontrolle von Verträgen. § 138 II, der Wucherparagraph, zeigt, welche extreme Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit ein Vertrag unter der moralisierenden Metapher »sittenwidrig« vom Richter nullifiziert werden darf. Auch wenn ein von dem robusteren Vertragspartner erzielter Vermögensvorteil sogar schon im *auffälligen* Mißverhältnis zu der von ihm erbrachten Leistung steht, bleibt der Vertrag gültig, solange nicht die Gegenseite Ausbeutung ihrer Notlage, ihres Leichtsinns oder ihrer Unerfahrenheit behauptet und auch beweist –: was dieser Seite einige Peinlichkeiten überbürdet, sie in die Nähe des Entmündigungs-§ führt (man erregte leicht den Argwohn, »seine Angelegenheiten nicht selbst besorgen« zu können). Es sei schon hier gesagt, daß die spätere Theorie von der Richtigkeitsgewähr⁴ des Vertrages, von *Müller-Erzbach* und *Schmidt-Rimpler* entwickelt, die große Karriere machen sollte, ganz un-BGB-haft ist. Das Gesetz geht mit fast römischer Gelassenheit davon aus, daß Übervorteilen bei Verträgen die Regel ist, »in emendo et vendendo invicem se

4 *Günther Hönn*, *Kompensation gestörter Vertragsparität*, München 1982; *Fastrich*, *Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*, 1992; vgl. unten Fn. 17.

circumscribere naturaliter concessum est.«⁵ Richtigkeitsgewähr gibt es nie für den Einzelvertrag, wohl aber für die Gesamtheit vieler Verträge, über einen längeren Zeitraum gesehen. Dann erst greift, nach den Regeln des Marktes, die unsichtbare Hand des *Adam Smith* ein. Jeder, der sich auf einen Vertrag einläßt, muß fürchten, auch einmal kräftig übervorteilt zu werden, darf aber dafür hoffen, selbst einmal schön zu übervorteilen – das ist die Philosophie des Vertrages! (Und wenn die Juristen die Kompetenz an sich ziehen, das Mehr oder Weniger nach ihrem Gutdünken auszugleichen, dann aus Eigennutz, sie werden – die Juristen – daran gewinnen, die Gesamtheit der Vertragsparteien kann nur verlieren).

3. *Besitz und Eigentum*

All die faszinierenden schuldrechtlichen Spiele und Möglichkeiten sind nicht Selbstzweck, sondern sollen zu Vermögen führen, im schieren Sinn des III. Buches »Sachenrecht«: zu Besitz, Eigentum, besonders Grundeigentum. Der Eigentümer einer Sache kann, nach § 903, mit dieser Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen. Anders nur, wenn das Gesetz oder *Rechte Dritter* entgegenstehen. Immerhin kannte man mit § 906 schon Probleme der Umweltbeeinträchtigung von einem Grundstück (z. B. mit einer Fabrik) zum anderen. Es ist die Rede von »... Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch, Ruß, Wärme, Geräusch, Erschütterungen« und ähnlichen Einwirkungen, aber im Bestreben, solcherlei im Sinne einer Schornstein-muß-rauchen!-Politik zu erleichtern. Dies sehr undifferenzierte Aneinanderreihen läßt künftige Aufgaben des Umweltschutzes erahnen, die Aufgaben unserer Zeit.

5 Vgl. *Paulus*, Dig. 19, 2, 22, 3. »Daß der Preis in einem angemessenen Verhältnis zum Wert der Ware stehen müsse, ist der Klassik noch unbekannt.« *Max Kaser*, Das Römische Privatrecht I, 1955, S. 459.

Eingehend geregelt war von Anfang an das Grundstücks- und Grundbuchrecht. Dem Studenten sind die Pedanterien dieses Bereichs schwer nahezubringen. Erst heute, nach dem Zusammenbruch der DDR, nach der dort ideologisch vorgegebenen Vernachlässigung von Grundbesitz und -eigentum, des ganzen Grundbuchwesens⁶, läßt sich aus aktuellen schädlichen Folgen die Regelungsethik unseres 100 Jahre alten Gesetzgebers rekonstruieren.

4. *Verlöbnis*

Dem Bürger, der in Geschäften Erfolg gehabt, der Vermögen angehäuft oder die Aussicht hat, dies zu erreichen, ihm steht es zu, seine wichtigste Bestimmung zu erfüllen: eine Familie zu gründen. Das Verlöbnisrecht des BGB (§§ 1297 ff.) läßt ihn uns im Stadium der Brautschau beobachten. Klagbar ist ein Eheversprechen nicht, Verlobung wird Spiel und Wette gleichgestellt. Aber Nebenfolgen können empfindlich treffen. Es geht um Geschenke, Aufwendungen, eingegangene Verbindlichkeiten, um sonstige das Vermögen oder die Erwerbsstellung berührende Maßnahmen. Wir erfahren auch Intimes: die Verlobte hat ihrem bürgerlichen Verlobten auf dessen Drängen hin die Beiwohnung gestattet, und sie kann, wenn der Richter sie trotzdem für unbescholten (!) hält, aus dem Bruch des Eheversprechens eine Geldforderung (»Kranzgeld«) herleiten. Alle diese Forderungen hängen davon ab, ob ein »wichtiger Grund« für den Rücktritt bestanden hatte, und/oder ob ein »Verschulden« des anderen Teils vorlag. Merkwürdigerweise haben sich diese archaisch-komischen Regeln bis heute im BGB erhalten, mit der paradoxen Folge, daß zwar nicht mehr der Eheflüchtige, wohl aber immer noch der Verlöbnisflüchtige im Streitfall dem Richter seine Fluchtgründe erläutern muß, daß also das schwächere Rechts-

6 Vgl. Dieter Eickmann, Das Jahrzehnt des Sachenrechts. Sachenrechtsprobleme aus Anlaß der deutschen Vereinigung . . ., Veröffentlichungen der FHVR Berlin, 1995.

verhältnis stärkere Rechtsfolgen auslöst. Jetzt erst (1996) will ein neuer Justizminister dies verändern.

5. Die bürgerliche Ehe

Geht das Verlöbnis in den Ehestand über, so finden wir in den *alten* BGB-§§ das unausgewogene Bild einer ganz und gar patriarchalisch bestimmten Ehe. Zitiert seien:

§ 1354: »Dem Manne steht die Entscheidung in allen das gemeinschaftliche Leben betreffenden Angelegenheiten zu; er bestimmt insbesondere Wohnort und Wohnung.«

§ 1355: »Die Frau erhält den Familiennamen des Mannes.«

§ 1356: »Die Frau ist . . . berechtigt und verpflichtet, das gemeinschaftliche Hauswesen zu leiten.«

§ 1363: »Das Vermögen der Frau wird durch die Eheschließung der Verwaltung und Nutznießung des Mannes unterworfen.«

§ 1627: »Der Vater hat kraft der elterlichen Gewalt das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen.«

Alles dieses ist aus heutiger Sicht empörend einseitig mann- und vaterbezogen, meinetwegen machistisch. *Friedrich Schiller* hatte für seine »züchtige Hausfrau« auf »und herrschet weise« die Reimzeile gefunden »im häuslichen Kreise«. Der Romancier *Heinrich Mann* zeigte später im »Untertan«, wie ein Bürger in puncto Gewerbefreiheit liberal, familiär dagegen autokratisch denken und handeln konnte, als echter Minidespot, eine Seitenfigur zum »Professor Unrat«. Die feministische Rache ist uns Heutigen nicht erspart geblieben, und sie ist, wie jede Rache, exzessiv. Nicht nur die Männer, sondern wir alle (als verwaltete Bürger, als Steuerzahler) werden von bizarren Gesetzesvorschlägen überrascht⁷, und vermutlich ist das gesamte Scheidungsrecht Bestandteil dieser Rache.

⁷ Vgl. den Vorschlag von *Ulla Schmidt* MdB, die gleichgewichtige Verteilung der Hausarbeit in der Ehe gesetzlich zu regeln, *Der Stern* Nr. 36/95 S. 104; dazu *Adomeit*, NJW 1996, 299.

Es ist darüber nachzudenken, weshalb eigentlich das bürgerliche Recht von 1896 dem Bürger so sehr, der Bürgerin ganz und gar nicht entgegenkommen wollte. Auch für den erhabenen Ursprung des Privatrechts im klassischen Rom galt:

»Der sozialen Stellung der Frau ist ihre rechtliche Behandlung nicht angemessen.« (M. Kaser, Das römische Privatrecht Bd. I, S. 276)⁸

Die Römerin gelangte durch Eheschließung (feierlich und in religiöser Form durch *confarreatio*, ein Brotopfer, nüchterner und profan durch *coemptio*, Brautkauf) in die volle Gewalt, potestas, des Mannes, einschließlich seiner Hausgerichtsbarkeit. Von solcher normativ verfestigten Ungleichgewichtslage hat das Abendland schwer Abschied nehmen wollen. Im 18. Jahrhundert konnten bedeutende Frauen nach dynastischen Regeln große Reiche regieren, so Maria Theresia, so Katharina; aber an der Spitze eines Unternehmens sehen wir allenfalls die Veuve Cliquot. Es wird wohl so sein, daß die Stellung der Frau spätestens im 19. Jahrhundert längst über das patriarchalische Modell hinausgewachsen war. Da es damals noch keine Soziologie gab, müssen wir uns an die Dichtung halten. Als der lübische Senator Thomas Buddenbrook Mitte des letzten Jahrhunderts ein Haus bauen und umziehen wollte, hatte er das Einverständnis seiner Gerda nötig, er bestimmte also keineswegs mehr allein »Wohnort und Wohnung«. Vermutlich war die Ehe 1896 schon viel moderner als der damalige BGB-Text, und sie ist heute, 1996, viel konservativ-beharrender als unser heutiger Text. Ehenamen ist und bleibt zum Schrecken der FeministInnen im Normalfall der Name des Mannes. Familienministerin Nolte beklagt sich, daß der Erziehungsurlaub nur zu 1-2 % von Vätern in Anspruch genommen werde, zu über 98 % [zum Segen der Babies!] von Müttern.

Wie noch das frühere BGB-Modell jede Ehefrau auf die Hausfrauenrolle festlegen wollte, ohne Rücksicht auf Neigung,

8 Vgl. auch Heinrich Honsell, Römisches Recht, 2. Aufl. 1992, S. 159 ff.

Begabung, Leistungskraft, so will die Emanzipationsideologie ein Pfui!-Tabu vor eben dieser Rolle aufrichten, mit ebensowenig Rücksichtnahme; Gesetzgebung wie Rechtsprechung sollen dieser Ideologie folgen. Die volle Anerkennung und Gleichstellung der eheähnlichen Lebensgemeinschaft ist eingefordert.⁹ Unbeantwortet bleibt, woher die nächste Generation, also jedes Kind, solcher Gemeinschaft entsprossen, die lebensnotwendige biologische, seelische und rechtliche Sicherheit zugewendet bekommen soll.

Es war eine Frage gestellt worden, nach dem Motiv der Frauendiskriminierung, die Antwort ist nicht leicht. Die anthropologischen Daten seit der Aspasia des Perikles sind sich wohl gleich geblieben. Es ist zu vermuten, daß die alten patriarchalischen Gesellschaften so etwas wie Ahnung oder den Instinkt hatten, daß die konsequente Ausdehnung der bürgerlichen Befreiung und Individualisierung auch auf die *Frauen* eine Explosivgewalt von zentrifugalen Kräften auslösen mußte, zum Schaden der Familie, zum Schaden der Nachkommen und, sich potenzierend, aller folgenden Generationen. Man darf, nach heute vorliegenden Erfahrungen, nicht sagen, daß dies bloße Hirngespinnste waren (vgl. unten zu V. 3). Was man Diskriminierung der Frau genannt hat¹⁰, beruht also eher auf dem Eingeständnis einer konstitutionellen Schwäche des Mannes, seiner Unfähigkeit, selbst überzeugendes Zentrum einer Familie zu sein. »Aus ganz Gleichen entsteht kein Staat«, hatte *Aristoteles* gesagt, und aus ganz Gleichen kann auch keine Familie bestehen.

9 Dieter Giesen, Familienrecht, Tübingen 1994, § 13: Die nichteheliche Lebensgemeinschaft.

10 Vgl. Uwe Wesel, Fast alles was Recht ist, 1991, S. 162: »Ehe und Familie, Männer und Frauen«, mit Rezension Adomeit, JZ 1993, 245.

6. Grablegung

Wir durften den idealtypischen Bürger bei seiner Geburt beobachten, in seinem aktiven Lebensweg, der sich – respice finem! – dem Ende entgegenneigt, im V. Buch sehen wir seine Grablegung. Wie hat diese zu geschehen: standesgemäß!

§ 1968: »Der Erbe trägt die Kosten der standesmäßigen Beerdigung des Erblassers.«

Diese nun wirklich klassenspezifisch, sogar noch vorbürgerlich gedachte Vorschrift hat sich bis heute im BGB erhalten, ist aber absurd und unerfüllbar. Das Herausheben einer hohen Standesstellung beim Verblichenen, etwa durch ein Mausoleum oder eine Apotheose aus Marmorgöttern, ist heute schon durch unsere Friedhofsordnungen verboten; der Egalitätsgedanke hat, zwar noch nicht die Lebenden, wohl aber die Toten fest im Griff (Isensee). Der Gang über Friedhöfe hatte immer etwas Trostloses, endgültig heute, im Zeichen des Einheitsgrabes.

III. »... und die besitzlosen Volksklassen«

1. Die Kritik Mengers

Die Schaffung eines bürgerlichen Gesetzbuches konnte nur erfolgreich sein, wenn es möglichst die Gesamtheit der Staatsbürger normativ erfaßte und auch von dieser Gesamtheit – lunatische Abweichungen unerheblich! – als Recht anerkannt wurde. Dies war das große Problem. Die Gefahr der Nicht-Einbeziehung, einer Ausgrenzung der ganzen Arbeiterschaft und die damit drohende Konfrontation Bürger/Proletariat war keineswegs erst von Marx, sondern schon von dessen platonischem

Lehrer *Hegel* gesehen worden, in der Rechtsphilosophie von 1820/21.

»Gegen die Natur kann kein Mensch ein Recht behaupten, aber im Zustande der Gesellschaft gewinnt der Mangel sogleich die Form eines Unrechts, was dieser oder jener Klasse angetan wird.« (§ 244)

Mit oder ohne *Marx* stand das zu schaffende Gesetzbuch unter dem Verdacht, eine *Bibel* der herrschenden und besitzenden Klasse zu werden, nur ohne das im Neuen Testament so herrlich aufscheinende Erbarmen mit allen Nichtbesitzenden, die mühselig und beladen sind –: und deshalb hätten die »Verdammten dieser Erde« aus eigener Kraft dagegen aufzustehen.

Die notwendige Kritik des Entwurfs lieferte 1890 der als »Kathedersozialist« verschrieene österreichische Ökonom *Anton Menger*.¹¹ Menger argumentiert mit einer Wirklichkeitsanalyse – hier zitiere ich *Wieacker*¹², Privatrechtsgeschichte 1. Aufl. S. 270 – »welche die wahre Funktion des scheinbar abstrakten und neutralen Privatrechts als Parteinahme für die Pioniere und Nutznießer der Industriellen Revolution auf Kosten der schwächeren Gesellschaftsklassen schonungslos enthüllt.«

Mengers Kritik muß von heute her noch einmal, und genauer betrachtet werden, nachdem unlängst so viele Rechts- und Wirtschaftsordnungen, die angeblich Arbeitern und Bauern (die zu Landarbeitern, wenn nicht zu Leibeigenen, zurückgebildet worden waren!) dienen wollten, gescheitert sind, gerade daran, daß in ihnen Arbeiter und Bauern vernachlässigt wurden und verelendeten.



11 Benutzte Ausgabe Nachdruck der 4. Aufl. von 1908 Wiss. Buchgesellschaft Darmstadt 1968; vgl. *Dörte Willroth-v. Westernhagen*, Recht und soziale Frage – Die Sozial- und Rechtsphilosophie Anton Mengers, Hamburg 1975 (Stiftung Europa-Kolleg).

12 Vgl. auch *Wieacker*, Pandektenwissenschaft und Industrielle Revolution, Juristen-Jahrbuch 1968/69, S., 1 ff.; *ders.*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, Karlsruhe 1953.

Menger moniert, daß der Dienstvertrag lieblos, durch wenige Paragraphen geregelt wird, ganz ohne Sinn des Gesetzgebers für gerade hier typisch auftretende Machtverhältnisse und korrespondierende Schutzbedürftigkeit.

»Kein unbefangener Beurteiler wird in Abrede stellen, daß die Herrschaft, welche der Dienstherr über den Lohnarbeiter ausübt, nach Inhalt und Umfang viel strenger ist als jene, welche . . . dem Familienoberhaupt über die Gattin und die Kinder [wogegen M. nichts einzuwenden hatte!] . . . zusteht (S. 165).

Unsere Zeit, so M., dulde aber nicht, daß, wenn nunmehr die letzten Reste des Patrimonialstaates abgestreift werden, ein Staatsbürger (!) über den andern eine dauernde Herrschaft ohne die Aufsicht und Leitung des Staates ausüben dürfte. Das traf den Kern!

Schon die gesetzliche Fassung des Dienstvertrages sei unzureichend (Entwurf § 559, Gesetz § 611). Der Austausch Dienste gegen Lohn sei nicht anders gesehen und behandelt als wie der Ware gegen Preis! Im Dienstverhältnis aber sei der Verpflichtete

» . . . mit seiner ganzen Persönlichkeit unterworfen.« (S. 169)

Lohnarbeiter müßten für den Lohnherrn oft genug ihre kostbarsten persönlichen Güter: Leben, Gesundheit, Arbeitskraft, ja: ihre Ehre und Sittlichkeit in Gefahr bringen. Erst dadurch, daß die Rechte des Lohnherrn durch Rücksicht auf die höchsten persönlichen Güter des Arbeiters begrenzt würden,

»streift der Lohnvertrag die letzte Erinnerung an die Sklaverei ab und erhält einen wahrhaft humanen Charakter . . .« (S. 170).

Verdientermaßen hat diese Schrift des Jahres 1890 Rechtsgeschichte gemacht, ganz besonders durch Postulierung von Unverzichtbarkeit für die notwendig gewählten Arbeiterrechte, was eigentlich der Zivilrechtsdogmatik ganz fremd war (vgl. § 397 BGB).

»Der Arbeiter darf weder ausdrücklich, noch stillschweigend (etwa durch Unterwerfung unter eine Fabrikordnung) auf seine höchsten persönlichen Güter, auf die Wahrung von Leben, Körper, Gesundheit, Arbeitskraft, Ehre und Sittlichkeit Verzicht leisten.« (S. 175)

Es wird hier auch schon, in bis heute weiterwirkender Weise, der Dienstherr als »der wirtschaftlich Stärkere« bezeichnet.

Aus der Kritik Mengers und – abgewogener – *Ottos v. Gierke* entstanden die §§ 617-619 mit der unverzichtbaren Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Hier nur vom »Tropfen sozialen Öls« oder »sozialistischen Öls«¹³ zu sprechen, wäre zu wenig, vielmehr geht hiervon das ganze moderne Individualarbeitsrecht aus. In unseren Tagen, etwa auf Berliner Baustellen, mit portugiesischen und polnischen Bauarbeitern, deren Lohnforderungen, gesehen vom deutschen Lohnniveau her, »Schmutzkonkurrenz« sind, von deren heimischem Niveau her aber heißbegehrter Superlohn, stellt sich die Frage, wie weit geht die Vertragsfreiheit? dramatisch neu.

2. *Bürgerliche Gesellschaft heute*

Von »besitzlosen Volksklassen« würde heute niemand mehr sprechen, auch nicht von einem ganzen Arbeiterstand, der außerhalb der bürgerlichen Gesellschaft stünde. Es war vielleicht die größte historische Leistung Westdeutschlands, den normalen Industriearbeiter und alle Dienstleistenden in das Bürgertum integriert zu haben. Durch diesen Erfolg wurde die alte Bundesrepublik erst legitimiert, 1990 die Beitrittserklärung eines (angeblichen?) Arbeiter- und Bauernstaates entgegenzunehmen. Auch unser Adel ist nicht mehr ein abgehobener Stand, wie es noch der Weimarer Republik politisch Schwierigkeiten bereitet hatte,

13 Dazu *J. Rückert*, »Frei« und »sozial«: Arbeitsvertragskonzeptionen um 1900, *ZfA* 1992, 225.

sondern, bei aller internen oder sogar demonstrativen Traditionspflege, egalisiert.

Leben wir also in einer »nivellierten Mittelstandsgesellschaft«¹⁴, die vom Fürsten von Thurn und Taxis bis zum nichtseßhaften Wermutbruder uns alle umfaßt? Dann wäre sogar die Identität von Staatsbürger und gesellschaftlichem Bürger, von citoyen und bourgeois erreicht! Aber dies wäre wohl eine unzulässige Vereinfachung. Gemäß dem Sprachgebrauch und dem allgemeinen Empfinden muß man Kern- und Randbereiche unterscheiden. Zum Kern gehören sicherlich Unternehmer, Freiberufler, Leitende Angestellte, Studien- und andere Räte (auch Betriebsräte!). In Villenvierteln, aber auch Eigenheimsiedlungen wird sich am ehesten bürgerliche Gesellschaft vorfinden. Das Beamtenrecht hält in seinen Laufbahnordnungen^{14a} zäh an den Unterscheidungen höherer – gehobener – mittlerer – einfacher Dienst fest: soll hier jemand ausgegrenzt werden? Die gewerkschaftliche Tarifpolitik hat unsere Lohngruppen vielfach abgeschafft, damit aber oft auch die allein zugänglichen Arbeitsplätze. Gelobt seien die Berliner Müllmänner, die ihre über die ÖTV erkämpften Privilegien zäh verteidigen, also ausgeprägt bürgerlich denken und sind.

Von da ab wird alles schwierig. Politiker in hohem Ämtern werden bürgerlich sein, keineswegs nur die aus den sog. bürgerlichen Parteien – zu denen die SPD gehören müßte! –, aber wenn ein »Grüner« sich in Turnschuhen zum Minister vereidigen läßt, so meldet er offen Vorbehalte an. Solche Vorbehalte können sich bis zur Feindseligkeit steigern, bei »Autonomen«, Punks, Veranaltern von Chaos-Tagen (Hannover August '95). Die bürgerliche Gesellschaft bleibt also, auch wenn der Hauptfeind Sozialismus sich abgemeldet hat, von Feinden umringt. Halb drin in der bürgerlichen Gesellschaft und halb draußen sind

14 Vgl. *Thomas Nipperdey*, *Deutsche Geschichte 1866-1918*, I. Bd.: *Arbeitswelt und Bürgergeist*, Kap. XI: *Die Klassengesellschaft* (S. 414), München 1990.

14a Vgl. *Helmut Lecheler*, *Der öffentliche Dienst*, in: *Handbuch des Staatsrechts* (Isensee/Kirchhof) Bd. III S. 762.

Arbeitslose und Sozialhilfeempfänger, deren Probleme viel zu einseitig materiell im Sinne der Alimentation verstanden werden. Eindeutig außerhalb steht der Kriminelle, solange er nicht abgekehrt hat und rehabilitiert ist; vom Mafioso wird noch die Rede sein.

Kein Problem ist heute mehr das Verhältnis zu »La Bohème«, über das man sich zur letzten Jahrhundertwende so sehr gequält hatte, etwa *Thomas Mann* in immer wiederkehrenden Betrachtungen zum Gegensatz Künstler/Bürger. Künstler sind entweder erfolgreich wie Christo (»mit Jeanne-Claude«) oder nicht erfolgreich, das ist schon alles.

Das Stichwort »Bildung« darf heute auch nicht mehr zur Abgrenzung dienen, mag auch das frühere Bürgertum durch »Besitz und Bildung« definiert gewesen sein (vgl. noch Brockhaus Enzyklopädie, 17. Aufl. 1967). Das war wohl nur eine romantische Selbstüberhöhung gewesen. Man hatte nicht daran zu denken gewagt, aber, nachdem man mit der Demontage erst einmal begonnen hatte, erwiesen sich *Goethe* und *Schiller* als restlos verzichtbar. Es war eine unkluge Entwicklung gewesen, Standesunterschiede vom errungenen Bildungsgrad her zu definieren (für die Söhne aus dem Bürgertum: Gymnasium, mindestens Realschule; Zugang zum höheren Dienst nur als Akademiker). Die dadurch entstandene Konfrontation, Dünkel hier und Neid dort, hat der Bildungsidee immens geschadet, hat in unseren Jahren der Gesamtschulideologie zum Sieg verholfen, doch keinem zum Glück. Mit aller Vorsicht – politisch verstanden! – aber doch hartnäckig ist die Einsicht zu verbreiten, wie sehr das Fördern und Herauswachsen einer geistigen Elite der gesamten Gesellschaft dient, keineswegs nur einer ihrer Schichten; für einen Hochleistungsstaat wie den unseren ist dies geradezu lebenswichtig. Deutsche Schulen, jedenfalls im Fach »Sozialkunde«, sind meist immer noch darauf festgelegt, die bürgerliche Gesellschaft zu diffamieren, von Lehrern, die solches lehren wollen, dürfen oder müssen, von Schülern, die solches zu lernen haben, vielleicht oft schon ahnen, daß sie irregeleitet werden.

IV. *Bürgerliches Recht heute*

Das BGB ist, im großen und ganzen, sich gleich geblieben, es hat das Kaiserreich, die Halbrevolution 1918, die Weimarer Republik, die Nazizeit, die »Jahre der Besatzung« (*Eschenburg*¹⁵), alle Reformexperimente der alten Bundesrepublik überlebt und gilt seit dem 3. 10. 1990 in ganz Deutschland, ein nicht kleiner Triumph. Vom Zivilgesetzbuch der alten DDR ist kaum noch die Rede, soll auch in diesem Vortrag nicht sein, so interessant der Vergleich in Einzelheiten wäre. Es sind hier die wichtigsten, empfindlichen oder schon neuralgischen Bereiche aus der heutigen Diskussion zur Zivilrechtsdogmatik anzusprechen.

1. *Vertragsfreiheit*

Die Freiheit des Bürgers, der Bürgerin, zu kontrahieren *mit wem, über was* und *wie* er/sie will, ist heute keineswegs mehr ohne Einschränkung garantiert. Das Schuldrecht des BGB ist eingekreist durch eine Reihe von leider sehr ungeordneten Nebengesetzen: über Allgemeine Geschäftsbedingungen von 1976; über Haustürgeschäfte von 1986; über Verbraucherkredite von 1990. Keines dieser Gesetze erfüllt die Anforderungen hoher Rechtskultur, vielmehr bleibt im bunten Wechsel von scheinengenauen Tatbeständen und Generalklauseln das Ergebnis jeder Rechtsanwendung allzu beliebig. Es tritt die erreichbare Rechtssicherheit sogar noch hinter die Vorphase zurück, als der § 242¹⁶ über seinen Wortlaut, »Treu und Glauben«, hinaus nicht erst auf die Bewirkung oder die Einforderung von Leistungen, sondern schon auf die Entstehung von Leistungspflichten angewandt wurde.

15 Jahre der Besatzung 1945-1949, in: Geschichte der Bundesrepublik Deutschland, Hrsg. K. D. Bracher u. a., 1983.

16 Franz Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, 1956.

Den letzten Stoß hat die Vertragsfreiheit durch das BVerfG im Bürgschaftsrecht erhalten, als dieses Gericht am 19. 10. 1993 eine neue Generalklausel kreierte.¹⁷ Ein Vertrag, der einen der beiden Vertragspartner ungewöhnlich stark belastet und das Ergebnis strukturell ungleicher Verhandlungsstärke ist, muß danach von den Zivilgerichten als nichtig aufgehoben werden. Hier ist nicht das Ergebnis zu kritisieren, nur der generalisierende Leitsatz. Wenn eine vermögens- und fast auch einkommenslose 21jährige ohne qualifizierende Berufsausbildung sich bei einer Bank zum Millionendarlehen ihres Vaters für 100 000 DM verbürgt, nachdem der Filialleiter gesagt hatte, sie gehe gar kein Risiko ein, er benötige die Bürgschaftserklärung nur für seine Akten –: so durfte jedes Gericht dieser jungen Frau helfen. Anders steht es mit der allzu heftigen Betonung von »notwendiger Inhaltskontrolle« und dem geringen Verständnis vom Wert der Vertragsbindung, wie es im Urteil zum Ausdruck kommt, und wobei der Verdacht entsteht, daß hier die Dritte Gewalt Kontrollkompetenzen zu eigener Bedeutungserhöhung an sich zog.¹⁸

2. *Wohnungsmiete*

Der Mensch braucht ein Dach über dem Kopf. Obdachlosigkeit ist sogar ein polizeiwidriger Zustand. Insofern ist es plausibel, wenn der Gesetzgeber sich nicht allein auf Marktregeln verläßt. Andererseits sind um 1900 herum, zur Geburtszeit des BGB, auffällig schöne Miethäuser entstanden, heute sehr begehrt, nach Marktregeln: man wollte teuer vermieten.

17 *Adomeit*, Die gestörte Vertragsparität – ein Trugbild, NJW 1994, 2467; dazu *Rittner*, aaO. S. 3330; *Thomas Dieterich*, Grundgesetz und Privatautonomie im Arbeitsrecht, RdA 1995, 129.

18 *Bernhard Großfeld*, Götterdämmerung? – Zur Stellung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1995, 1719

Damals galt es noch nicht als unanständig, wenn man durch Vermietung sein Kapital verzinsen konnte. Das moderne soziale Mietrecht (§§ 564a ff.) hat vielen Mietern Schutz und Sicherheit gebracht, aber auch Verzerrungen entstehen lassen: alte Leute, oft alleinstehend, haben große Wohnungen, manchmal mehrere; junge Leute suchen verzweifelt ein Nest; der ausziehende Mieter läßt sich vom Nachrücker sein Scheiden (»Abstand«) hoch bezahlen, eine Leistung, die eigentlich, ökonomisch gesehen, dem Vermieter zugestanden hätte, um die der ausziehende Mieter ungerechtfertigt bereichert ist, exakt im Sinne des § 812. Der Wohnungsmieter, denkt er an seinen Kündigungsschutz und an die Mietpreisbindung, fühlt sich geborgen in der Obhut des ihm wohlgewogenen Gesetzgebers.

Er würde anders denken, vergliche er seine eigene Lohnsteuerabrechnung mit der Erklärung zur Einkommensteuer, die sein Vermieter abgibt. Weniger durch ihre Mietzinsleistung, wohl aber über die Steuer bezahlen gerade die kleinen Leute, wirtschaftlich gesehen, unser gesamtes Wohnungswesen, während Besserverdienende, mit frei disponiblen Geld, über Verlustzuweisungen von Abschreibungsfirmen durch staatlichen Steuerverzicht ihr Grundvermögen mehren. Als »sozial« kann sich solches Mietrecht ungestraft nur deshalb bezeichnen, weil es gänzlich undurchschaubar ist. Mein schon früher vorgetragener Vorschlag¹⁹ ist, daß wenigstens neu errichtete und frei finanzierte Miethäuser wieder dem alten Mietrecht des BGB unterstehen sollten.

3. *Arbeitsrecht*

Die 100 Jahre haben viel verändert, übrigens genau auf der Spur des BGB-Kritikers *A. Menger*. Der heutige Arbeitnehmer innerhalb unseres Arbeitsrechts hat durch Schutzgesetze, Mitbe-

19 *Adomeit*, Der reiche Mieter, NJW 1981, 2168.

stimmung des Betriebsrats, Tarifautonomie, Kündigungsschutz, die ihm verbliebene Kündigungsfreiheit, durch das ganze Sozialversicherungssystem, einen hohen Grad von *Unabhängigkeit* erreicht. Das Emanzipationsproblem stellt sich also neu: welchen Grad von Selbständigkeit, von unkontrollierter Vertragsfreiheit, kann man diesem Arbeitnehmer zumuten? Wenn es – in Bereichen weit oberhalb des Existenzminimums! – um die Frage geht, Arbeitslosigkeit hinzunehmen oder freie Problemlösungen zu finden, so erscheint es besser, die alte Vertragsfreiheit wieder aufzuwerten!

Mit dem Arbeitnehmer, wie ihn das Bürgerliche Recht und das frühere daraus hervorgegangene Arbeitsrecht sich vorstellten, in der Weimarer Zeit ab 1918/19, wiederaufgenommen in der westdeutschen Republik ab 1949, hat es eine eigentümliche und widersprüchliche Bewandnis. Die Arbeiter und Angestellten sollten von der bürgerlichen Gesellschaft nicht ausgegrenzt werden: richtig! Schon die von Bismarck mitgeförderte Sozialgesetzgebung wollte sie, durch Gewährung von Sicherheit, auf die Seite der Bürgerwelt ziehen, ab 1883. Der damit eingeleitete Prozeß war alles in allem erfolgreich, der normale Arbeitnehmer, am Band, im Büro, ist und denkt bürgerlich. Mit Klassenkampfideologie wußten Arbeiter schon lange nichts mehr anzufangen. Spätestens seit 1989/90 ist die kommunistische Idee wie vom Winde verweht. Nur und aber: die rechtlich eingesetzten Mittel, das Integrationsziel zu erreichen, standen quer zum bürgerlich-rechtlichen Instrumentarium: nicht Vertragsfreiheit, nicht Verfügungsbefugnis, sondern Zwangsaufnahme in Versicherungsverhältnisse, Zwangsabgaben, Zuweisung unverzichtbarer Rechte, vorgeordnete Individualrechte und Kollektivverträge, Allgemeinverbindlicherklärungen. So ist der Arbeitnehmer vielleicht zum Bürger geworden. Aber sogar dann, wenn er, mit seiner Familie, ein Häuschen besitzt, natürlich Auto, Sparbücher, Versicherungen, Wertpapiere, eine Ferienwohnung, bleibt er immer noch ein kupierter Bürger, der in seiner grundlegenden Rechtsbeziehung, der zum Arbeitgeber, nicht frei

verhandeln darf. Die Rechtsordnung traut ihm nicht zu, diese seine Angelegenheiten »selbst zu besorgen«. Kein Pfennig vom Tariflohn ist disponibel, nicht einmal für Belegschaftsaktien. Kein einziger Urlaubstag darf auf den nächsten Sommer übertragen werden. Ich habe es oft gesagt und bleibe dabei: hier liegt ein ungelöstes emanzipatorisches Problem.²⁰ Der erste Schritt könnte sein, für alle über das Durchschnittseinkommen hinausgehenden Ansprüche Vertragsfreiheit zu gewähren, gebunden an das Erfordernis eines sachlichen Grundes. Wenn das Arbeitsrecht bei der Gestaltung der Arbeitskonditionen beim Alles-oder-Nichts-Prinzip festhält, dann bleiben zu viele Mitbürger im Nichts, d., h. im Zustand der Arbeitslosigkeit, andere werden, was ebensowenig wünschenswert ist, durch »outsourcing« in Scheinselbständigkeit gestoßen.

Praktisches Beispiel: es fehlen Lehrstellen. Auch Firmen, die gern soziale Verantwortung zeigen, wie Siemens, bauen solche Stellen ab. Es war ein Fehler gewesen, die Auszubildendenvergütung – es ist keine Vergütung! sondern ein Zuschuß! – tariflich regelbar zu machen²¹, sie ist in heutiger Höhe für viele Unternehmen schwer verkraftbar. In diesen Jahren gehen aber Milliardensummen von der nunmehr abtretenden Nachkriegsgeneration, die sehr sparsam war, auf deren Erben über. Wenn ein 16jähriger, der auskömmlich geerbt hat, sagt: ich erstrebe einen Lehrplatz, Vergütung brauche ich nicht, so versteht man ihn gut, helfen kann man ihm nicht. Geld muß offenbar in den Konsum gesteckt werden, darf nicht der eigenen Ausbildung dienen. Aber das Verfehlen einer Ausbildung bedeutet: lebenslang arbeitslos, dazu gelegentlich Schwarzarbeit, und das wäre ein Leben nun wirklich nur am Rande der bürgerlichen Gesellschaft! Konstruktiv ist der Vorstoß der Ministerpräsidenten *Biedenkopf* und *Schröder*: für die Vergütung von 2 Lehrlingen 3 Lehrlinge einstellen!

20 *Hanau/Adomeit*, Arbeitsrecht, 11. Aufl. 1994, E 10 = S. 155 ff.

21 *Benno Natzel*, Die Berufsbildungsverträge, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. II (1993), § 171 Rn. 172 ff.

Das aktuelle Problem ist das Abdriften von vielen Arbeitsplätzen in viele andere Länder, Stichwort: Globalisierung²². Die Antwort auf die Internationalisierung des Arbeitsmarktes kann nur eine entschlossene Internationalisierung des Arbeitsrechts sein. Es muß also etwa ein US-amerikanischer Investor, der hier ein Werk errichten will, sein Heimatrecht mitbringen dürfen. Art. 30 EGBGB läßt dies zu, denn das dort statuierte Territorialitätsprinzip (wo »der Arbeitnehmer in Erfüllung des Vertrages gewöhnlich seine Arbeit verrichtet«) ist relativiert für Fälle, in denen »das Arbeitsverhältnis engere Beziehungen zu einem anderen Staat aufweist«, und eine engere Beziehung als die, wo das Geld zur Schaffung dieses Arbeitsplatzes herkommt, gibt es für bürgerliches Denken nicht (gegensätzliche Tendenz: das geplante Entsendegesetz).

4. Reisevertrag

Eine echte Neuschöpfung ist das Reisevertragsrecht der §§ 651a ff. von 1979, aber eine zweifelhafte Schöpfung. Reisen über Pauschalangebote von Veranstaltern sind zum Massengeschäft geworden, aber daraus folgt noch nicht die Pflicht des Gesetzgebers, dem von *Ortega*²³ vorweg beschriebenen Phänomen der Überfüllung auch noch eine helfende Hand zu reichen, eher wäre die Kontraentscheidung plausibel gewesen, solchen Luxus scharf zu besteuern. Ökologisch ist der Massentourismus, meist durch Flugreisen, eine Katastrophe, auch gesundheitspolitisch, von Abstürzen ganz abgesehen, zweifelhaft: eine Wanderung durch den Spessart wird bekömmlicher sein als der Liegestuhl auf Gran Canaria. Der Ersatz immateriellen Schadens bei vereitelten oder beeinträchtigten Reisefreuden nach § 651 f. läßt

22 Vgl. *Adomeit*, Regelung von Arbeitsbedingungen und ökonomische Notwendigkeiten, 1996; *Ehmann*, Deutschland – eine Standortfrage?, Die Neue Ordnung, 1996.

23 Aufstand der Massen (La rebelión de las masas), 1929

fragen, was für ein schematisches und primitives Bild von Reise und Erlebnis eigentlich dem Gesetzgeber vorschwebt. Wenn eine Familie entgegen dem Vertrag statt in einem Vier-Sterne-»nur« in einem Drei-Sterne-Hotel untergebracht wird, dann haben nicht nur die vertragschließenden Eltern, sondern auch die minderjährigen Söhne einen Geldanspruch zum Ersatz der ihnen entgangenen Urlaubsfreuden (BGHZ 85, 168). Philosophisch gesehen haben wir es hier mit *Hedonismus* zu tun, d. i. – ich zitiere das philosophische Wörterbuch von *Kröner* – diejenige ethische Richtung, welche »die sinnliche Lust, das Vergnügen, den Genuß« als Motiv, Ziel oder Beweis alles sittlichen Handelns betrachtet. Das bürgerliche Recht, eigentlich die Rechtsidee haben wir damit weit hinter uns gelassen. Fast schon logisch ist, wenn das Auftreten Behinderter in einem Urlaubshotel nicht als Chance gesehen wird, sich menschlich zu bewähren, sondern als Grund zur Minderung des Reisepreises (anerkannt vom AG Flensburg, NJW 93, 272).

5. *Eherecht, Scheidungsrecht*

Die größten Veränderungen in Text und Geist des BGB haben 1976 stattgefunden, durch die Reform des Familienrechts, ausgelöst vom Gleichberechtigungsgrundsatz des GG (Art. 3 II). Kernfrage war die Scheidung: wie und mit welchen Folgen kommt man aus der Ehe wieder heraus?

Das alte BGB hatte für die Scheidungsklage viel verlangt: Ehebruch als absoluten Grund; oder: strafbares Verhalten nach § 175 StGB; oder: der andere Ehegatte trachtet einem nach dem Leben; oder: böswilliges Verlassen; oder: schwere Verfehlung; aber damals auch schon Geisteskrankheit beim Partner als einziger objektiver Grund (§§ 1564-69).

Beherrschend war das *Schuldprinzip*, und auf dieses Prinzip häuften sich die heißen Kohlen der Kritik. Wenn man die großen

Ehebruchsromane des 19. Jahrhunderts analysierte, »Madame Bovary«, »Effie Briest«, »Anna Karenina«, wie wollte man zu einem klar begründeten Schuldurteil kommen? Auch führte dieses Schuldprinzip – auf legislatorischen Umwegen bis in die 70er Jahre hinein beibehalten – zu juridischer Heuchelei, indem bei der einverständlichen Scheidung ein fingierter Grund behauptet und, scheinbar reumütig, eingestanden wurde. Ein solches tagtäglich geübtes Spiel konnte dem Ansehen der Justiz und dem der Anwälte nicht zuträglich sein.

Es geschah aber folgendes: die Heuchelei, aus der Justizpraxis – hoffentlich! – verbannt, trat jetzt, Tücke dieses Prinzips, im Gesetz zum Vorschein! Ein harter Vorwurf: der Gesetzgeber als Heuchler! Dies will begründet sein.

Die Reform des Scheidungsrechts trat unter dem Banner auf: statt Schuldprinzip Zerrüttungsprinzip! »Zerrüttung« ist ein Wort aus tragischer Sphäre, es geht um unheilvolle Verwicklungen, man denkt an *Strindberg* oder *Tennessee Williams*, wenn nicht gleich an *Edward Albee*. Das Wort »Zerrüttung« gab es wohl im alten BGB (§ 1568), aber ganz und gar nicht im Reformgesetz. Der neue Gesetzgeber dachte nicht daran, einen Tatbestand der Zerrüttung auch nur ansatzweise auszuformulieren. Vielmehr operierte er mit dem Attribut »gescheitert«, das, bezogen auf die Ehe, schon viel nüchterner, weniger tragisch umdüstert klingt. Aber auch dieses Attribut wird keineswegs ernst genommen, sondern verschwindet in einer Ketten-Definition:

§ 1565: »Eine Ehe kann geschieden werden, wenn sie gescheitert ist. Die Ehe ist gescheitert, wenn . . .«.

Man muß kein Studium der Logik absolviert haben, um zu sehen, daß »gescheitert«, im doppelten Konditional gebraucht, sprachlich und normativ überflüssig ist. Dies wird noch kräftiger einbetoniert durch die unwiderleglichen Vermutungen des § 1566: ein Jahr der Trennung beim einverständlichen Scheidungsantrag, drei Jahre beim einseitigen. »Unwiderleglich«

heißt ein Verbot an den Richter, auch nur nachzufragen: stimmt das überhaupt? Hätte der Gesetzgeber sich und den Bürgern reinen Wein einschenken wollen, so wäre leicht in zwei Paragraphen das folgende gesagt:

§ 1: »Jede Ehe wird geschieden, wenn beide Ehegatten die Scheidung beantragen oder wenn der andere dem einseitigen Antrag zustimmt.«

denn: was soll hier die Schamfrist der leicht zu behauptenden einjährigen Trennung, zumal solche Trennung sich auch *innerhalb* der ehelichen Wohnung vollziehen kann und gelegentliche zwischenzeitliche Beiwohnung, die »der Versöhnung der Ehegatten dienen soll«, nicht schadet, § 1567. (Will der Gesetzgeber eigentlich etwas regeln, oder will er uns nur amüsieren?)

§ 2: »Jede Ehe wird geschieden, wenn ein Ehegatte dies beantragt und drei Jahre Trennung nachweisbar sind.« (Selten wird § 1568 anwendbar sein, die Härteklausel, deren Ausnahmecharakter fast schon penetrant hervorgehoben ist. Und »Härte« ist immer, weil dogmatisch nicht zu fassen, eine legislatorische Bankrotterklärung.)

Das neue Recht beruht also *nicht* auf dem Zerrüttungsprinzip. Der Gesetzgeber hat, indem er mit dieser *Fristenlösung* auf jeden auch nur das Mindestmaß anstrebenden Versuch einer Tatbestandsfassung von Scheidungsgründen verzichtete, *die Ehe als Rechtsinstitut und als Grundlage der Familie fallen lassen*. Er hat auch ignoriert das in einem solchen Konflikt stark beteiligte Interesse der Kinder; hierzu war schon das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794 weiter gewesen.²⁴ Dies ist nun in der Tat stärkster Einbruch in alle Bürgerliche Philosophie: ist doch die Verlässlichkeit des Rechtsverhältnisses Ehe, mehr als bei jedem anderen, Grundbedingung für erfolgreiche Lebenspla-

24 Es ließ die einverständliche Scheidung von kinderlosen Ehen zu, sonst aber nicht. Vgl. Dietmar Willoweit, Die bürgerlichen Rechte und das gemeine Wohl. Das rechtspolitische Profil des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten von 1794, in: Friedrich Ebel (Hrg.), Gemeinwohl – Freiheit – Vernunft – Rechtsstaat. 200 Jahre Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, 1995.

nung. Und wenn man nicht mehr wissen darf, für wen man etwas schafft, verlieren alle Rechtsgeschäftsregeln über Handel und Wandel ihre Substanz und Perspektive der Dauer.

Der Gesetzgeber darf sich nicht beklagen darüber, daß die eheähnliche Gemeinschaft der Ehe heute so dicht auf den Fersen sitzt.²⁵ Vom alten Modell der Ehe her gesehen, ist jede heutige Ehe nur noch eine eheähnliche Gemeinschaft. Diese Linie – bloß weg von der bürgerlichen Familie! – setzt sich fort in den Reformbestrebungen zur nunmehrigen Ganz-gleich-Stellung der außerehelichen Kinder.

6. *Ehewirkungen, Scheidungsfolgen*

§ 1353, die Definition der Ehe, ist im Ur-BGB und im heutigen BGB, dem Wortlaut nach, nicht weit auseinander. Der Unterschied liegt im Wahrheitsgehalt. Wenn heute Abs. 1 S. 1 besagt,

»Die Ehe wird auf Lebenszeit geschlossen.«,

so hat das normativ keinen Sinn, sondern ist unter »frommer Wunsch« einzuordnen. Die umständlich erklärte Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft ergibt noch weniger Sinn, nachdem die Emanzipation so weit gediehen ist, daß ein jeder/eine jede gehen kann, sobald es ihm/ihr beliebt. Aus dem puren Stehenlassen einer inhaltlich ausgehöhlten Norm wird schon Unwahrheit.

Damit ist es aber noch nicht getan. Die Problematik reicht weiter und weit in die Rechtsethik hinein. Dem Gesetzgeber ist zuzugestehen volle Autonomie, Rechtsbeziehungen mit abgeschwächten Sanktionen auszustatten, soweit dies sachgerecht ist, bei Spiel und Wette, beim Verlöbnis. Solches auch bei der

25 Vgl. Dieter Giesen, Einzelfallgerechtigkeit als Problem. Zur Entwicklung des Scheidungs- und Scheidungsfolgenrechts in Deutschland, FamRZ 1984, 1188.

Ehe vorzunehmen, war pure Frivolität. Der Ehepartner, der entgegen seiner Pflicht aus § 1353 bewußt und vorsätzlich neuen Vergnügungen entgegensteuert, erwirbt genau dadurch Ansprüche gegen den von ihm verlassenen Partner, dessen Leistungsfähigkeit vorausgesetzt, die er ohne diese seine eklatante Pflichtverletzung nicht gehabt hätte, etwa den Unterhaltsanspruch in Bargeld: das ist eine eklatante Verletzung von Rechtslogik wie von Rechtsethik.²⁶ Eine fundamentale Pflicht wird nicht nur *nicht* sanktioniert, sondern ihre Verletzung belohnt mit entstehenden Geldforderungen. Denkt man daran als Rechtslehrer, dann ermüdet man leicht dabei, aus viel harmloseren Vertragsverletzungen noch immer Haftungsfolgen herzuleiten. Das Sanktionssystem stimmt nicht mehr. Vergessen der Satz: »turpitudinem suam allegans nemo auditur« = auf eigenes Fehlverhalten darf man sich nicht berufen, keine Rechte daraus herleiten.

Es ist außerdem höchst unstimmig, daß die Ehe in ihrer doch hoffentlich normalen Bestandszeit so wenige Rechtswirkungen, dagegen in der weniger normalen Folgezeit, nach Trennung und Scheidung, so auffällig starke Wirkungen hervorruft. Diese nahehelichen Folgen erscheinen nicht mehr durch objektive Gerechtigkeit motiviert, sondern erst durch zwei ideologische Gesichtspunkte: Feminismus (obwohl manch eine ihren Mann stehende Frau heute darunter zu leiden hat!), Umverteilung von reich zu arm, ergänzt vielleicht noch durch den Hedonismus der versprochenen imaginären Selbstverwirklichung. Kontrabürgerlich ist auch der fehlende Schutz für einen gewerblichen Betrieb vor dem Zugewinnausgleich; gerade noch der land- oder forstwirtschaftliche Betrieb bekommt nach § 1376 IV die Konzession, daß nur der Ertragswert zählt. Dieses Thema wird jetzt erst von der Rechtspolitik entdeckt.

26 Vgl. aber BVerfG NJW 1980, 689: Der Gesetzgeber sei nicht gehindert, bei der Regelung der Scheidungsgründe vom Zerrüttungs- statt vom Verschuldensprinzip auszugehen.

Was auf den ehewilligen Partner bei späterer Abkehr des anderen Teils zukommen kann, ist, weil es jedem Rechtsgefühl widerspricht, von dessen eigenem Rechtsbewußtsein her unerschließbar. Hier wäre genauere Aufklärung eine sehr wohl begründbare staatliche Pflicht. Der Standesbeamte, bei der Eheschließung, vor dem Einsammeln der Ja-Worte, pflegt Erbauliches von sich zu geben, eine Profanisierung der früheren Predigt, eine Art Jugendweihe für Erwachsene. Romantisch zu sein, ist aber keine Aufgabe für Staatsbeamte. Besser wäre eine detaillierte Hilfe zu den fast unvermeidlich gewordenen »Vereinbarungen anläßlich der Eheschließung«.²⁷ Auch ist es keineswegs sozial, daß man zur Vereinbarung der Gütertrennung einen Notar bezahlen muß. Einen sinnvollen »contrato nuptiale« könnte dieser Standesbeamte unter Ausschluß vermeidlicher Streitigkeiten dem späteren Familiengericht vorwegnehmen. Im abgekürzten Verfahren sollte ein guter Standesbeamter Formulare für ein A-, B- und ein C-Modell der Ehe bereithalten, A mit allen postmatrimonialen Folgen des heutigen gesetzlichen Normalfalls, ein B-Modell mit gemäßigten, ein C-Modell ohne solche Folgen. Ein C-Modell hätte als eheförderlich zu gelten, weil es den vermögenden und unternehmenden Partner von der Ehe weniger abschreckte, den nicht vermögenden und nicht unternehmenden Partner weniger zur späteren Eheflucht verlockte. Der nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft wäre Terrain wegzureißen, vielleicht so.

Um ein positives Gegenbeispiel zu geben, nenne ich das spanische Eherecht, geschaffen 1981 von einer sozialistischen Parlamentsmehrheit, unter Kenntnis der deutschen Familienrechtsreform, jedoch eigene Wege gehend. Mann und Frau sind danach gleichberechtigt; aber eine Ehe bedeutet für sie: sie sollen sich respektieren und unterstützen, zusammenleben, sich treu

27 Zu spät setzt ein *Göppinger*, Vereinbarungen anläßlich der Ehescheidung, 6. Aufl. 1988; *Langenfeld*, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 2. Aufl. 1989.

bleiben («guardarse fidelidad») und sich gegenseitig hilfreich sein. Die Trennung bedarf zur juristischen Relevanz eines *Gerichtsbeschlusses*, ist nur dann nicht von Gründen abhängig, wenn sie von beiden Seiten beantragt wird, wohl aber bei einseitigem Antrag. Dann sind sehr wohl *Gründe* anzugeben, die sich auf Fehlverhalten des anderen Teils beziehen, unabhängig davon nur beim Aufgeben der Lebensgemeinschaft seit drei Jahren. Erst danach kann Scheidung beantragt werden. Unterhaltsansprüche bestehen nur, wenn Trennung oder Scheidung ein wirtschaftliches Ungleichgewicht herbeigeführt haben, und sie enden nicht erst bei neuer Ehe, sondern schon durch ein Konkubinat (unklar bei uns, in ideologischer Verblendung, § 1579 Nr. 7). Es wird also bei unseren spanischen Nachbarn die Ehe ernster genommen, die Scheidung nicht so weitgehend einem konfusen Umverteilungsdenken dienstbar gemacht.

V. *Das bürgerliche Recht und seine Gegner*

1. *Rückblick auf den Sozialismus*

Viele Jahrzehnte lang stand unser Bürgerliches Recht, ob es wollte oder nicht, im »Wettstreit der Systeme« dem sich selbst so nennenden sozialistischen Recht gegenüber. Über viele Jahrzehnte hin galt es als völlig offen, welches Rechtssystem sich letztendlich durchsetzen werde. Auf den internationalen Rechts- und Rechtsphilosophiekongressen wurde von den zum Ausgleich verpflichteten Präsidien peinlich darauf geachtet, daß beide Lager, weil man deren Siegeschancen im »Kalten Krieg« als gleich zu vermuten hatte, die gleichen Wirkungsmöglichkeiten²⁸ erhielten; das ist Diplomatie! Es ist hier daran zu erinnern, daß die Philosophie, wie leider zur Entstehung des Marxismus, so wenigstens auch bei dessen Überwindung tätig war, mit stärk-

ster Wirkung durch die Stimme des großen *A. Solschenyzyin*, aber zu nennen sind auch *C. Milosz*, *Djilas* und *Kalinowski*.²⁹

Heute, 1995, machte man sich lächerlich, jetzt noch gegen das sozialistische Rechtsdenken zu argumentieren; dieses ist, wie eine zur Szene nicht mehr passende Theaterfigur, in der Versenkung verschwunden, es bleibt die strafrechtliche Abwicklung.³⁰ Im September 1990, bei der KSZE-Nachfolge-Konferenz in Paris, wurde »Marktwirtschaft« als allgemein gültiges Prinzip anerkannt, auch von der damals noch existierenden Sowjetunion, und zwar »Marktwirtschaft« sogar ohne das besänftigende Attribut »sozial«. In Moskau steht also nicht mehr der Gegner, und das zeitweilige Leningrad heißt heute sogar wieder St. Petersburg. Alles dies sah nach einem welthistorischen Triumph des bürgerlichen Prinzips aus, nach dessen nunmehr unangefochtenen Geltung, auf immer und ewig.

2. *Spirituelles, Kriminelles, Moralisches*

Die Aufbruchstimmung des Jahres 1989/90 hatte viel versprochen, einiges davon ist realisiert, anderes steht noch aus. Die getreue Wiederholung des westdeutschen Wirtschaftswunders von 1948 in Ostdeutschland, Osteuropa, in den Staaten der früheren Sowjetunion wollte nicht so gelingen, wie dies vorgesehen war, entlang der Linie *Adam Smith* – *J. S. Mill* – *L. Erhard*. Über dieses Nicht-Gelingen oder Nicht-gleich-so-Gelingen wird heute von vielen nachgedacht.

Es wird über Mentalitäten gesprochen. Auch die Klassiker der Ökonomie wie *Smith* und *Ricardo* hatten ihre ökonomischen Lehren durch anthropologische Studien vorbereitet, *Smith* durch

28 Vgl. den Bericht über die Tagung der IVR (Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie) 1989 in Edinburgh: *Adomeit JZ* 1989, 990.

29 Vgl. *Ignacio Sotelo*, Reformkommunismus, in: *Pipers Handbuch der politischen Ideen*, hrsg. von *Fetscher* u. *Münkler*, Bd. 5, S. 454, 1987.

30 Vgl. darüber BGH, NJW 1993, 141 (Mauerschützenurteil).

seine *Theory of Moral Sentiments*, 1759. Die jahrzehntelang zwangsweise geübte Staatsbetreuung, unter Eliminierung jeder Eigeninitiative, mit Verfolgung und Terror, hat tiefe Spuren hinterlassen –: der neue Mensch, vom Sozialismus versprochen, zeigt sich als erschreckend reduzierter Menschentyp. Wie man zwischen Glasgow und Nischni-Nowgorod eine neue Brücke schlagen kann, ist noch offen.

Ein anderer Stolperstein wird darin gesehen, daß der wirtschaftliche Neubeginn in den früher kommunistisch organisierten Staaten vielfach auf unzulässig transformierten Machtstellungen (vorher Nomenklatura, jetzt GmbH-Geschäftsführer) und auf veruntreuten Geldern beruhte und diesen Geburtsfehler der Rechtswidrigkeit nicht abschütteln konnte. Aus diesem Ursprung sind besorgniserregende kriminelle Verhaltensweisen hervorgegangen, man spricht von »Mafia« oder von mafiaähnlichen Organisationen. Es ist nicht so, daß Deutschland nur eine Zuschauerrolle dabei hätte, tief pessimistisch ist der in Auseinandersetzungen mit dem früheren DDR-Regime erfahrene Rechtsanwalt *Henrich* in Eisenhüttenstadt (NJW 1994, 2669), mit dem Aufsatztitel: »Sicherheit in einer vulkanischen Welt«. Bonzen und Kriminelle nennt er als die einzigen Gewinner der Wende, m. E. übertrieben, aber offenbar leidet H. an dem Problem.

Die Lage ist heute wohl so, daß die drohende Alternative für die bürgerliche Gesellschaft nicht mehr der Sozialismus ist – dieser hat seine historische Rolle verspielt –, sondern das pure Unrecht unter dem Schein des Rechts, die *kriminelle Gesellschaft*. Aus vielen, zu vielen Staaten der Welt hört man, daß es dort weder auf die geschriebenen, im Amtsblatt ausgedruckten Gesetze ankäme, noch auf die vorgesehenen Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren, sondern auf bedeutende Beziehungen, viel Geld, bei auftretenden Schwierigkeiten auf gedungene Gewalttäter, Auftragsmörder. Dem deutschen Bewußtsein erscheint so etwas exotisch und unreal, wie Mafia-Filme im Kino, aber wir waren eben schon immer ein wenig weltfremd. Sizilien wandert

nordwärts, hat Rom erreicht. Die noch brutalere östliche Kriminalität wandert westwärts, ihre Quartiermacher sind in Berlin. Der Leiter des Bundeskriminalamts hat vor explosiv zunehmender Korruption gewarnt. Bei einer großen Autofabrik in Rüsselsheim war 1995 ein unerwartet weit gespanntes und eng geknüpft-tes Netz aufgefliegen. Daß Verwaltungsbeamte und Richter rein objektiv, ohne Ansehen der Person, weit entfernt von jedem Gedanken an Bestechlichkeit tätig sein müssen, galt als guter Teil der preußischen Tradition, der heute unter parteipolitischem Druck in Wanken gerät. Gerade dieses vielleicht nur angebliche Erbe des Preußentums wäre aber zu pflegen und hochzuhalten. Das bürgerliche Recht braucht strafrechtlichen Flankenschutz. Wenn man an die besonders gefährdeten, der organisierten Kriminalität nahestehenden, schon kriminogenen Bereiche denkt – Waffenhandel³¹, Rauschgifthandel³², Prostitution³³ –, dann muß man ein viel entschiedeneres Vorgehen in Gesetzgebung und Strafverfolgung einfordern. Die FDP, die man früher den bürgerlichen Parteien zurechnete, verwechselte die liberale mit der anarchistischen Freiheit, als ihr auch die Intimsphäre von Bossen und Dealern heilig erschien, allerdings nicht den Mitgliedern, wie jetzt die Abstimmung ergab.

Die in der Praxis tätigen Juristen müssen leider damit rechnen, daß der Druck ständig zunimmt, Geschäfte am Rande der Legalität, bereits im Bezirk des Illegalen zu fördern. Von Anwälten hört man: dieser Druck wächst. Ist eine gewisse Schwelle überschritten, dann ist es zu spät, s. die Diskussion um die steuerliche Absetzbarkeit von Bestechungsgeldern. Es ist wohl so, daß alle Rechtsgeschäftsparagraphen über Handel und Wandel nur wirken können, solange und soweit ein Grundkonsens über einen Kernbestand moralischer Regeln herrscht, der kriminelle

31 Vgl. das »Gesetz über die Kontrolle von Kriegswaffen«, Sartorius Nr. 823.

32 *Karl-Hans Hartwig/Ingo Pies*, Rationale Drogenpolitik in der Demokratie, Tübingen 1995.

33 *Joachim Riecker*, Ware Lust – Wirtschaftsfaktor Prostitution (Fischer Wirtschaft) 1995.

Verhaltensweisen jedenfalls ausschließt. Die Formel »gute Sitten« in § 138 BGB ist nicht nur abgrenzend, also negativ zu verstehen. Moralbegründung fällt der heutigen Philosophie, seit der Aufklärung, sehr schwer. Hier wäre vielleicht ein neuer Ansatz zu einer Begründung der Moral aus den Notwendigkeiten der Ökonomie, auch wenn daraus, von Kant perhorresziert, nur hypothetische Imperative folgen könnten.

3. »Bröckelnde Fundamente« –: die Familie

Die Gesellschaft der Bundesrepublik Deutschland schrumpft, nach Köpfen gezählt, (von der früher ansässigen Bevölkerung her gesehen), stetig und noch weiterhin abfallend. Der Rückgang (West) seit 1972 soll 4 Millionen betragen. Eine der Ursachen wird die forcierte Individualisierung (Selbstverwirklichung) gewesen sein.³⁴

Die Familie, richtig bedacht, zeigt sich als unentbehrlich für jede Gesellschaft überhaupt, speziell aber für die bürgerliche Gesellschaft, der Stabilität und Vererbbarkeit des selbstgeschaffenen Vermögens wichtig sein muß. Eine Bevölkerung von lauter Singles ist keineswegs eine bürgerliche Gesellschaft. In Nordrhein-Westfalen überstieg im Jahre 1994 die Zahl der Einzelhaushalte (2,6 Mio.) bereits die der Familienhaushalte (2,4 Mio.; Focus Nr. 33/1995 S. 68 u. 70). Die traditionell eingestellten Familien, mit dem Drang, Sippen zu begründen, können über diese Entwicklung noch nicht einmal unglücklich sein, weil deren Rang und Bedeutung sich durch das von ihren Söhnen und Töchtern fortgestrickte und erweiterte Beziehungsgeflecht bei weniger Konkurrenz noch beträchtlich und ständig erhöhen wird.

34 Meinhard Miegel und Stefanie Wahl, Das Ende des Individualismus – Die Kultur des Westens zerstört sich selbst, 2. Aufl. München 1994.

In der Familie nur lernt man Rücksicht aufeinander, Beschränkung auf das begrenzte Einkommen, Verständnis für die Endlichkeit von Ressourcen. Wer das nicht gelernt hat,

»... wird später kaum einsehen, warum er sich nicht rundum bedienen, alles Erreichbare verbrauchen, seine Abfälle irgendwo liegen lassen, ... seine Selbstverwirklichung rücksichtslos betreiben sollte.«³⁵

Insofern ist vieles von den Werten der bürgerlichen Gesellschaft, die ihre Kritiker ihr vorhalten, nicht partikulär, sondern allgemein wichtig, wahrscheinlich überlebenswichtig. Aber:

»Die Familien zerbrechen nicht, sie werden immer weniger. Brüchig werden die ehelichen Beziehungen vor allem deshalb, weil sie von vielen erst gar nicht eingegangen werden [ein Spiel mit der Logik!]. Die Familie als Lebensform befindet sich großflächig auf dem Rückzug.«³⁶

Dies zeigt erst den Zusammenhang auf, macht verständlich die tragischen Irrtümer der Familienrechtsreform 1976, die allen modischen Tendenzen dieser Art so heftig entgegengekommen war. Aber die damalige Diskussion scheint abgeschlossen, zur Neuaufnahme sieht sich niemand herausgefordert, eine Union, die sich christlich und demokratisch nennt, ist sehr mit sich selbst zufrieden. Wenn man sich umsieht, erinnert man das Wort *Nietzsches* von »marasmus femininus«, an dem die bürgerliche Gesellschaft nur solange nicht zugrunde gehen kann, als der Konkurrent und Gegenspieler Sozialismus sie fit hält.³⁷ »Marasmus« aber ist ein Zustand der Entkräftung, des körperlichen und seelischen Verfalls (Brockhaus). *Nietzsche*, wieder einmal, zeigt sich als gespensterhaft³⁸ sicherer Diagnostiker.

35 Barbara v. Wulffen, Zwischen Glück und Ghetto, Politische Studien, Sonderheft 4/94.

36 Warnfried Dettling, Gew. Monatshefte 3/95.

37 Vgl. die Ausgabe von *Schlechta*, München 1954, Bd. III S. 469/70 (aus dem Nachlaß).

38 Vgl. *Adomeit*, Rechts- u. Staatsphilosophie Bd. II, S. 132 ff.: »Nietzsches Philosophie – ein Verhängnis«.

VI. *Schlußwort*

Damit komme ich zum letzten Gedanken, zu einer Ermahnung. Das bürgerliche Recht in einer bürgerlichen Gesellschaft läßt sich nur auf Dauer halten, wenn es in sich plausibel und vermittelbar ist. Gerade in diesen wünschenswerten Eigenschaften ist es höchst gefährdet. Das BGB wollte niemals volkstümlich sein, sondern war stolz auf seine spröde Gelehrtheit. Zwischen dem BGB-Sprachgebrauch von 1896 und dem unserer heutigen Studenten gibt es kaum noch Verständigung, und wenn wir, unter Mühen auf beiden Seiten, die Studenten auf die BGB-Sprache eingeschworen haben, versteht sie kein rechtsuchender Bürger mehr. Eine schlichte Textrevision könnte wenigstens die »unbescholtene Braut« und die »standesmäßige Beerdigung« entsorgen, eine Neufassung des Erbrechts könnte die einfachen Nachlaßverhältnisse in der Kleinfamilie in verständlicher Form an den Anfang stellen. Das wäre schon etwas. Aber es bleibt die betrübte Feststellung, daß unser Bürgerliches Gesetzbuch seine geistige und moralische Einheit verloren hat, daß keine aussichtsreiche Bestrebung erkennbar ist, solcherlei wiederherzustellen.³⁹

Auf die Frage, wie man den Studenten, den Praktikern und Wissenschaftlern, Richtern, Anwälten und Kollegen raten kann, mit unserer deutschen Kodifikation des Zivilrechts umzugehen, dem BGB, das in seinem Ursprungsbestand kläglich überholt, in seinem Neubestand oft leichtfertig und unvorsichtig, progressiv bis überprogressiv ist, mit dem Privatrecht überhaupt, seiner Anwendung und Fortbildung, so kann man als alter Lehrer nur sagen: paßt auf! paßt sehr gut auf!

39 Ein Rufer in der Wüste: *Edgar Michael Wenz*, Freiheit, Sicherheit und Verantwortung – Sozialphilosophische und gesellschaftspolitische Gedanken eines selbständigen Unternehmers (Unternehmerforum), Bonn 1995.



Klaus Adomeit

- Geb.: 1935 in Memel (Klaipeda)
- 1954-1957: Studium der Rechtswissenschaft
- 1960: Promotion in Heidelberg
- 1963: Assessorexamen
- 1963/64: Wissenschaftlicher Hilfsarbeiter beim Bundesarbeitsgericht in Kassel
- 1964-69: Wissenschaftlicher Assistent am Forschungsinstitut für Sozialrecht von Hans Carl Nipperdey in Köln
- 1969: Habilitation in Köln für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Allgemeine Rechtslehre
- 1969-75: Privatdozent in Köln mit Lehrstuhlvertretungen in Bochum, Göttingen und an der FU Berlin
- 1975: Professor für Rechtstheorie an der FU Berlin (bis heute)
- 1982: Gastprofessor in Madrid am Colegio Universitario San Pablo
- 1984: Präsident der neugegründeten Deutsch-spanischen Juristenvereinigung (bis 1990)
- 1986: Ruf auf die Lehrkanzel für Rechtsphilosophie in Salzburg; Wahl in den Vorstand der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie
- 1990: Leiter des Ressorts Justiz in der Bezirksverwaltung Frankfurt/Oder; Wahl in den Vorstand der Vereinigung der Freunde und Förderer der Frankfurter Oder-Universität
- 1996: Dekan des Fachbereichs Rechtswissenschaft der FU Berlin

Korrespondierendes Mitglied des Hans-Kelsen-Instituts in Wien; Mitglied des Herausgeber-Beirats der Brasilianischen Zeitschrift für Arbeitsrecht; Mitbegründer und Mitglied der Redaktion der Zeitschrift »Rechtstheorie«

Selbständige Veröffentlichungen: Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht, 1969; Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche, 1969; Das Arbeitsrecht und unsere wirtschaftliche Zukunft, 1985; Rechtstheorie für Studenten, 3. Aufl. 1990 (Übersetzung ins Spanische von Enrique Bacigalupo bei Civitas, Madrid); Rechts- und Staatsphilosophie, Bd. 1: Antike Denker über den Staat, 2. Aufl. 1992, Bd. 2: Rechtsdenker der Neuzeit, 1995; Aristoteles: Über die Freundschaft, 1993 (span. Übersetzung von Fernando Riaza, in den Veröffentlichungen der Universität Córdoba; griech. Übersetzung von Dimitri Ladas, Athen); Einführung in das spanische Recht (zusammen mit Frühbeck), 1993; Regelung von Arbeitsbedingungen und ökonomischen Notwendigkeiten (Gutachten für die Ludwig-Erhard-Stiftung), 1996; Arbeitsrecht (zusammen mit Hanau), 12. Aufl. 1997 (in Vorbereitung)

Herausgegeben von Prof. Dr. Hasso Hofmann, Edgar Michael Wenz
und Prof. Dr. Dietmar Willoweit

Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie

- Heft 1: Arthur Kaufmann: **Theorie der Gerechtigkeit**, Problemgeschichtliche Betrachtungen, 1984, 51 S., 19,80 DM
- Heft 3: Niklas Luhmann: **Die soziologische Beobachtung des Rechts**, 1986, 48 S., 16,80 DM
- Heft 4: Ernst-Wolfgang Böckenförde: **Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes – Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts**, 1986, 34 S., 16,80 DM
- Heft 5: Ralf Dreier: **Rechtsbegriff und Rechtsidee**, Kants Rechtsbegriff und seine Bedeutung für die gegenwärtige Diskussion, 1986, 37 S., 18,80 DM
- Heft 6: Günter Dux: **Der Täter hinter dem Tun**, Zur soziologischen Kritik der Schuld, 1988, 58 S., 24,- DM
- Heft 7: Franz Bydliniski: **Recht, Methode und Jurisprudenz**, 1987, 46 S., 19,80 DM
- Heft 8: Martin Kriele: **Freiheit und „Befreiung“**, Gibt es eine Rangordnung der Menschenrechte?, 1988, 52 S., 26,- DM
- Heft 9: Manfred Rehinder: **Fortschritte und Entwicklungstendenzen einer Soziologie der Justiz**, 1989, 63 S., 26,- DM
- Heft 10: Klaus Lüderssen: **Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs**, 1989, 62 S., 26,- DM
- Heft 11: Norbert Hoerster: **Verteidigung des Rechtspositivismus**, 1989, 31 S., 26,- DM
- Heft 12: Guiseppe Duso: **Der Begriff der Repräsentation bei Hegel und das moderne Problem der politischen Einheit**, 1990, 55 S., 24,- DM
- Heft 13: Otfried Höffe: **Gerechtigkeit als Tausch?** Zum politischen Projekt der Moderne, 1991, 37 S., 18,- DM
- Heft 14: Klaus F. Röhl: **Die Gerechtigkeitstheorie des Aristoteles aus der Sicht sozialpsychologischer Gerechtigkeitsforschung**, 1992, 59 S., 26,- DM
- Heft 15: Hans Albert: **Rechtswissenschaft als Realwissenschaft**, Das Recht als soziale Tatsache und die Aufgabe der Jurisprudenz, 1993, 37 S., 19,- DM
- Heft 16: Gerd Irrlitz: **Moral und Methode**, Die Struktur in Kants Moralphilosophie und die Diskursethik, 1994, 56 S., 26,- DM
- Heft 17: Hasso Hofmann: **Gebot, Vertrag, Sitte**, Die Urformen der Begründung von Rechtsverbindlichkeit, Festschrift A. Voigt, 1993, 49 S., 26,- DM



NOMOS Verlagsgesellschaft
76520 Baden-Baden

ISBN 3-7890-4385-0



9 783789 043857